

# ***A EFETIVIDADE DO PROCESSO E SUA NECESSÁRIA DESORDINARIZAÇÃO***

---

**HUMBERTO EUSTÁQUIO SOARES MARTINS\***  
*Desembargador do Tribunal de Justiça de Alagoas*

## **I - INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa fomentar o embate entre a problemática da demora na prestação jurisdicional, enfocando, precipuamente, ordinarização e as tutelas específicas, analisando e repisando alguns sub-pontos de tais temas.

Nesse aspecto, importante se faz a lembrança de como se dera a ordinarização dos procedimentos processuais, sua razão e importância para a época. Com efeito, trazer-se-á, também, aspectos relevantes ao esclarecimento do tema, embutindo-se as distinções expostas pelos modernos doutrinadores processualistas entre plano de direito material e plano de direito processual, esmiuçando, também, conceitos predecessores a tais institutos, como direito subjetivo, pretensão e ação.

Ademais, discorrer-se-á sobre a novata perspectiva social para tutela jurisdicional, ou seja, uma sociedade globalizada e massificada reclama, há muito, a quebra da ordinarização e demora na prestação jurisdicional, deveras prejudicados no atual estágio da processualística, para o entendimento e aceitação do instituto tutelas adequadas, as quais tendem a ser mais céleres e eficazes.

Este abandono do procedimento Ordinário, o que pode ser aplicado a qualquer direito a ser tutelado, seja de qualquer natureza, é *conditio sine qua non* para se fazer renascer a confiança no Poder Judiciário, tão desacreditado pelas ineficazes e demoradas decisões proferidas, tudo em decorrência de uma política processual lenta, baseada

em institutos defasados e, que não se adequam aos anseios da sociedade sob o ponto de vista da celeridade e eficácia dos provimentos jurisdicionais.

## **II - A ORDINARIZAÇÃO DO PROCESSO BRASILEIRO – UM PROBLEMA HISTÓRICO.**

Decerto que o acesso à prestação jurisdicional, malgrado as dificuldades existentes no nosso Sistema Jurídico, não pode mais ser tida como um simples ingresso no Judiciário, ao revés, deve-se pensar de forma ampla, a fim de que o acesso à tutela jurisdicional seja visto como a prestação de um serviço (direito/dever) célere e efetivo ao cidadão.

Tal direito/garantia se consubstancia na obrigação do Estado em prestar uma proteção efetiva dos direitos individuais, difusos e coletivos. É a resposta do Estado à pretensão da parte, no caso, é o direito materialmente pretendido, concebendo-se num direito efetivamente conferido e tutelado pela ordem estatal. É o império da ordem pública regulando os conflitos particulares. É para Canotilho o reconhecimento, em tempo útil, do fenômeno da adequação temporal, ou de justiça temporalmente adequada.

### **II.1 A História da Ordinarização do Processo Brasileiro**

A partir do século XIX, com o movimento Iluminista, o magistrado passou a ser desprovido de antanha divindade, sendo tratado como homem comum, sujeito a erros no julgamento. Segundo o próprio Montesquieu, não ele detinha qualquer poder criativo ou de imperium, apenas atuando a vontade da lei.

Assim, para ser possível a busca da verdade processual, tolhendo o juiz de criatividade em sua interpretação, adotou-se o procedimento ordinário em sua forma quase totalitária, baseando tal premissa no Princípio da Neutralidade, sendo de um lado o juiz sem vontade inconsciente e, de outro, a lei, que para Montesquieu, consistia uma relação necessária fundada na natureza das coisas.

Neutralidade e imparcialidade, eram as molas-mestras da sonhada busca da verdade absoluta, sendo impossível ao magistrado da época o acautelamento ou antecipação de direitos, senão após um longo procedimento em busca da verdade real.

No dizer de Noberto Bobbio, ficava o juiz adstrito à vontade da lei, tolhido do subjetivismo da interpretação, aduzia que a “miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.”

Partindo-se de tal pressupostos, criou-se a falsa ilusão de que o processo seria um fim em si mesmo, qual seja, um instrumento à apuração da verdade real, esquecendo-se de sua função instrumental, em veneração às formas processuais, afastando-se, com efeito, da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Tal fase histórica decerto que teve suas benesses. Fora dado ao processo uma suma importância, razão pela qual, adveio a necessidade de estudá-lo como ciência autônoma do direito material, motivo do seu desenvolvimento progressivo nas últimas décadas.

Desta feita, percebe-se, que a verdade real, inexiste sob a ótica processual, restando ao juiz, diante das provas produzidas, atestar como verdade uma mera probabilidade, sob pena de maculação do império do Estado, mormente pelo fato de as expressões usadas à tal apuração decerto que já vêm distorcidas por cada representatividade, seja no reprise dos fatos, seja na sua investigação.

Destarte, é histórico o fenômeno da ordinarização maciça no processo civil brasileiro, inspirado na tradição romano-canônica, bem como na tradição positivista européia, o que gera, sem olvidar, mácula ao princípio do acesso à justiça, direito consagrado constitucionalmente, como um pilar de uma ordem jurídica justa.

### **III - A AÇÃO PROCESSUAL E O DIREITO MATERIAL – CONCEITOS DISTINTOS E INTERLIGADOS.**

A polêmica de Windscheid versus Muther, deveras consistiu num dos pilares no desenvolvimento da ciência processual, tendo aquele, ao atender uma inspiração divina, usado pela primeira vez o vocábulo pretensão como termo processual.

Originariamente tal termo fora criado para demonstrar a inexistência de relação entre a “ação” no Direito Romano e a “ação” no Direito Moderno, pois, segundo Windscheid, não haveria direito subjetivo sem o reconhecimento pelo Judiciário de tal direito, mas tão somente uma pretensão a qual se resumia na mera faculdade de se impor “a própria vontade pela via Judiciária, a qual dava nascimento a esse direito – o que era negado por Muther.” .

Hoje, decerto, que há divisão sóbria entre pretensão de direito processual e pretensão de direito material, com significados distintos e inconfundíveis, por estarem em dois planos, malgrado interligados, totalmente diferentes.

Pretensão de direito material consiste tão somente no poder de exigir alguma prestação positiva ou negativa, ou seja, ela nasce no momento em que alguém, titular de um direito subjetivo, está legitimado por lei a exigir a satisfação de um interesse protegido.

No entanto, em havendo resistência a tal pretensão, seja por imposição legal, seja por resistência de outrem, surge ao indivíduo a pretensão de direito processual, que consiste na exigência da prestação jurisdicional, que, como visto, é direito e dever do Estado. Assim, insatisfeita a pretensão, o titular tem o poder, no campo material, de exigir o cumprimento de seu direito. Tudo aquilo que radica neste campo é ação de direito material. Somente quando esta se esgota sem a devida

satisfação, sendo o titular obrigado a buscar a tutela jurisdicional, visto ser vedado a autotutela.

Destarte, o enfoque precípua deste tópico, tendo em vista a natureza jurídica da ação processual, seria sua definição como direito abstrato, porém, antes de adentrar a esse aspecto, necessário se faz analisar as categorias conexas à ação processual, as quais são denominadas: direito subjetivo, pretensão e ação de direito material.

### **III.1 Direito Subjetivo.**

Para Von Thur, direito subjetivo é a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade dentro de certos limites para a consecução dos fins que sua própria escolha determine .

Entrementes, apesar do entrelace existente entre ambos, inconfundíveis são direito subjetivo e ação processual, tendo-se que o direito subjetivo é um status, uma categoria jurídica estática, e a ação, que ao revés, pode ser esse próprio exercício do direito subjetivo.

Tem-se, pois, que no conceito de ação processual, há um direito antecedente conferido pela ordem jurídica, ou seja, um direito subjetivo anterior, que se consubstancia no direito à prestação da tutela jurisdicional.

Outras distinções devem ser trazidas à lume. Sendo o direito subjetivo um status jurídico de que goza seu titular, duas posições poderá se assumir: De ordinário, a existência do direito subjetivo não implica, necessariamente a idéia do seu exercício. A duas, poderá existir direito subjetivo sem que haja ainda, ou tenha cessado, a faculdade de exigir do Estado a observância e a realização desse direito.

Ovídio Baptista da Silva traz exemplo brilhante de tal asserto, que com o fito de enriquecimento da presente, transcreve-se:

Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há o status que corresponde a tal categoria do Direito das Obrigações, porém ainda não disponho da faculdade de exigir que o devedor cumpra o dever correlato, satisfazendo o meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nascer-me-á uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja o poder de exigir que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação.

Assim, mesmo com o poder de exigir o cumprimento da obrigação, necessariamente, não implica que assim o faça, tornando essa nova roupagem do direito subjetivo a ter dinamismo, muito embora a pretensão sem exercício seja apenas uma potência.

### **III.2 Pretensão.**

A pretensão nasce no momento em que se pode exigir o cumprimento do dever, este inerente ao sujeito passivo da relação jurídica, aqui o direito subjetivo reveste-se de pretensão. Entretanto, se mesmo dotado de pretensão, não se utiliza da faculdade de agir, deixando-se passar o tempo, existirá direito subjetivo, porém desprovido de pretensão, acarretando a perda da ação.

Tem-se, pois, que a pretensão é a faculdade de se poder exigir a satisfação do direito. A todo o direito corresponde uma pretensão, que não é um outro direito, mas apenas uma nova virtualidade de que se reveste o mesmo direito subjetivo. Em suma, é o direito subjetivo que pode ser exigido.

Entrementes, vale ainda a ressalva de que o poder de exigir a satisfação do direito, ainda não é ação, pois, esta somente surgirá esta faculdade de utilização após a resistência daquele “devedor” de um direito.

Assim, quando compelido a cumprir a obrigação que norma legal impõe, pelo titular do direito subjetivo, o devedor se furta a cumpri-lo, nasce a ação, pois agora, não é mais necessário ato voluntário algum da parte passiva da relação processual, nascendo, para o titular do direito

subjetivo, uma nova faculdade, qual seja, o poder de agir para a realização deste direito.

### **III.3 Ação de Direito Material.**

Grandes controvérsias surgiram, e ainda persistem, quanto a existência da ação de direito material, pois, para alguns processualista, mormente os clássicos, este tipo de ação teria sido substituída pela ação processual. Ledo engano.

Malgrado tais discordâncias, estas não encontram guarida, pois, é de fácil percepção a existência desse tipo de ação, e mais, em nada se confunde com a ação processual. Kazuo Watanabe, um dos mais brilhantes processualistas da atualidade, em alusão a veemente batalha a cerca da negativa de vigência do art. 75 do antigo Código Civil, assim se manifestou:

Não fosse a intransigência doutrinária, surgida na fase em que o Direito Processual aspirava à autonomia como um ramo da ciência jurídica, e o art. 75 do Código Civil poderia ter sido lido como explicitação, em nível infraconstitucional, do princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual. Assim soa seu texto, com efeito: 'A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura

A ação de direito material é poder de exigência o qual advém após a negativa de uma pretensão pelo "devedor" de um direito, ou seja, é a faculdade, inerente a todo o direito, que tem o seu titular de agir para sua realização.

Com efeito, a todo o direito exigível, ou seja, dotado de pretensão há sempre de corresponder uma ação. Este agir para realização de direitos é o que se chama ação de direito material. Com efeito, embora sendo uma faculdade de todos os direitos, esse agir não é permitido, nos sistemas modernos, impedindo que o titular do direito o faça cumprir com suas próprias forças. Em razão de tal proibição, surge ao indivíduo a ação processual, que o direito à tutela jurisdicional, ou seja, o direito em ver o

Estado satisfazer um direito que lhe pertencem o que o mesmo Estado protege.

#### **IV - DA SUPERAÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

Já se concluiu acima que o processo brasileiro fora inspirado no liberalismo do século XIX, posto que à época, o procedimento ordinário oferecia vantagens, uma vez que em sua utilização possibilitaria uma demanda plenária, trazendo ao processo todo o conflito de interesses qualificador da lide.

Entretanto, de reconhecida morosidade, tem mostrado, que ao invés de uma cognição plena, desprovida, em tese, de possibilidade de erro, uma insuportável demora e complicações que não se adequam aos novos tempos e às novas exigências da sociedade moderna, eminentemente de massa e globalizada

Os defeitos do procedimento ordinário saltam aos olhos, ao tempo de ser moroso, também impossibilita, por suas regras qualquer tipo de julgamento célere, bem resumindo Ovídio Baptista , suas impropriedades à atualidade:

Resumindo: o procedimento só é ordinário porque - ao seguir-se a ordem natural dos juízos (ordo judiciorum privatorum) - riscam-se dele toda as decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado eventualmente dar disciplina provisória aos fatos da lide, ou mesmo antecipar-lhe, como acontece, por exemplo, com as liminares dos processos interditais, o resultado final da provável sentença de procedência. A inserção de uma decisão liminar transformaria, por si só, o procedimento de ordinário em especial.

Nesse passo, adstrito, ainda, ao princípio herdado na revolução francesa liberal do século XVIII, o legislador brasileiro demonstra avultada desconfiança sobre o juízo de primeiro grau, o impossibilitando, na medida do possível, o poder de proferir decisões liminares e diminuindo, irrefutavelmente, os casos passíveis de execução provisória.



Tamanha desconfiança reside no dogma da busca da certeza processual, esta ligada a verdade real, molas da elaboração da doutrina baseada no liberalismo do século XIX, que devem ser afastadas para a superação do procedimento ordinário, mormente pelo fato de serem baseadas em dogmas inalcançáveis, tendo Cândido Rangel Dinamarco, assim se manifestado:

A certeza é outro dogma, zelosamente guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo. Ela tem muito a ver com a verdade, da qual constitui manifestação subjetiva. Considera-se que existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziriam a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes (disse-se também: 'a certeza está em vós, a verdade nos fatos').

[...]

Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera 'probabilidade', variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis do risco.

Em verdadeira batalha contra as posições teóricas até agora predominantes, volta-se a preocupação com outros dois valores fundamentais, intrinsecamente contidas na tutela processual: a garantia da efetividade dos direitos subjetivos e das demais situações protegidas pelo direito e o desenvolvimento de novas formas de tutela preventivas, ao revés de se arrastar anos a fio no procedimento ordinário.

Destare o intuito primeiro do processo deve ser verdadeiramente instrumental e assim deve ser pensado modernamente, ou seja, é instrumento para a prévia realização de um direito material, possibilitando, deveras, a efetividade na entrega da tutela jurisdicional, tornando-a específica a cada direito subjetivo, evitando, por conseqüente, a insegurança jurídica proveniente da ordinarização.

## **V - DAS TUTELAS ADEQUADAS VISANDO A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Essa demora do desenrolar processual, calcanhar de Aquiles dos Processualistas modernos, reside no fato da ordinarização exagerada.

Devido a difusão dos direitos fundamentais ou da pressão da sociedade, tornou-se uma praxe no nosso Ordenamento Jurídico o procedimento Ordinário, tornando quilométrico o andamento processual, devido a gama de saídas existente neste tipo de cognição exauriente, sob pena de, em até certo ponto, ser eternizada uma relação processual que começa mas não se acaba, senão com a habilitação de herdeiros.

Por outro lado a sociedade que outrora buscava sair da insegurança jurídica gerada por juízes “divinos”, a qual instituiu uma cognição exauriente, nos dias atuais não mais agüenta passar anos e anos a espera da prestação jurisdicional, clamando por uma justiça mais célere, porque, no clássico ensinamento de Ruy Barbosa: “justiça tardia é injustiça”.

As tutelas adequadas visam o rompimento com o procedimento ordinário genérico, objetivando a prestação jurisdicional de acordo com a especificidade de cada direito, mormente pelo fato de que, nos dias atuais, grandes gamas de direitos exsurgem diuturnamente, sendo viável ao magistrado a especialização segundo determinadas classes de direitos.

A realidade processual deve ser transformada, na busca incessante da efetividade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional, e vê nas tutelas específicas essa possibilidade, tendo Ovídio Baptista da Silva afirmado que a sistemática processual de hoje, “passou a ser, ustamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de ‘tutela diferenciada’, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que

efetivamente o 'assegure', proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente 'instrumental' do processo. Volta-se, pois, a tratar – ao lado da 'ação' processual 'una e abstrata' – de ações especiais que, longe de significarem simples desvios do padrão ritual ordinário, equivalem a formas muito especiais de tutela processual sumária."

Percebe-se, portanto, que é possível que para cada afirmação de direito se tenha um tutela específica, onde será discutido, apenas, o que dizer respeito a afirmação - p.e., Consignação em Pagamento, onde se discute apenas o valor do débito, usando - tornando este em verdadeiro instrumento de efetivação do direito subjetivo, afastando a teoria do processo comum, ordinário a todos os direitos, que há muito se percebe superado.

Destarte, conseguindo-se adequar os procedimentos ao direito subjetivo que se visa efetivar com a propositura da ação processual, maior celeridade advirá ao processo como um todo, tanto para as partes como para o Estado. Entretanto, o caminho a ser percorrido é longo e árduo, mormente no Brasil, onde parece que mudanças assustam e o progresso quer se manter distante.

## **VI - CONCLUSÃO**

Vê-se, diante de tais asserções, que o problema brasileiro na demora da prestação jurisdicional, advém de longas datas, ou seja, é proveniente do movimento Iluminista do século XVIII, onde a sociedade daquela época buscava uma prestação jurisdicional racional, desprovida do talante "divino" do magistrado daquela época, ou seja, somente se pleiteava uma segurança mínima jurídica, onde o juiz deveria tão somente dizer a Lei.

Percebe-se, portanto, que o problema da ordinarização, tem sua fonte histórica, como já salientado, inspirada numa demanda plenária,

com a qual, na ideologia liberal, tornaria o processo imune a erros, afastando o autoritarismo de tempos passados.

Ocorre que o momento histórico atual, proveniente da própria Revolução Industrial, demonstra a existência de uma sociedade de massas, e mais, globalizada, eminentemente consumista, onde as relações jurídicas progridem geometricamente, exsurgindo direitos e obrigações a cada dia, razões porque se reclama uma tutela rápida e eficaz.

A justiça tardia equivale a uma denegação da própria Justiça e no descrédito do Poder Judiciário, sendo que a efetividade é o elemento indispensável da justa prestação jurisdicional, como remédio moderador em cada tipo processual e procedimental.

Desta forma, a desordinarização dos procedimentos processuais é uma das soluções aventadas pela moderna doutrina, a fim de gerar aos consumidores da tutela jurisdicional, uma resposta rápida a seus anseios. Isto porque, com tais tipos de tutela evita-se discussões desnecessárias, próprias do processo exauriente, apenas se atendo ao âmago de cada lide, discutindo-se somente questões jurídicas e fácticas relevantes à prestação jurisdicional específica.

Ademais, possibilitar-se-ia uma maior especialização dos magistrados e demais operadores jurídicos, o que, por consequência, facilitaria a prática de atos determinados à tutela jurisdicional, razão porque, mais célere seria sua prestação.

## VII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UNB, 1997.

\_\_\_\_\_. **As Ideologias e o Poder em Crise**. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almede, 1992.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Ação (Defesa) e Processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: RT, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1994.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2 ed. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. 4 ed. São Paulo: RT, v. 1, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class Action e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

WATANABE, Kazuo, et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. **Da Cognição no Processo Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1997.